QVOD FELIX FAVSTVMQVE SIT

DISSERTATIO INAVGVRALIS

DE

ACTIONIBVS IN REM SCRIPTIS

EARVMQVE

GENVINO CONCEPTV

QVAM

SVB PRAESIDIO

DOMINI

SIMONIS PETRI GASSERI ICti

POTENTISSIMO REGI BORVSSIAE A CONSILIIS INTIMIS NEC NON BELLICIS ET DOMANIAL. IVRIVM ET RERVM OECONOMICO CAMERAL. ANTECESSORIS SCABINATVS IN DVCATV MAGDEBVRGICO SENIORIS ORDINIS IVRECONSVLTORVM DECANI

PRO SVMMIS IN VTROQVE IVRE HONORIBVS CONSEQVENDIS

D. XXII. OCTOBRIS CIϽ IϽ CC XXXVIII.

H. L. Q. C.

PVBLICO EXAMINI SVBMITTIT

IOHANNES BALTHASAR GELFF

MOENO-FRANCOFVRTENSIS.

HALAE MAGDEBVRGICAE

TYPIS IOANNIS FRIDERICI GRVNERTI ACAD. ET SENAT. TYPOGR.

S. R. IMPERII

LIBERAE REIPVBLICAE

MOENO-FRANCOFVRTANAE

ILLVSTRI SENATVI

VIRIS

MAGNIFICIS EXCELLENTISSIMIS GENEROSISSIMIS AMPLISSIMIS CONSVLTISSIMIS SAPIENTISSIMIS.

DN. PRAETORI VRBANO,

DNN. CONSVLIBVS,

DNN. SCABINIS,

DNN. SYNDICIS,

DNN. SENATORIBVS,

PATRONIS SVBMISSE VENERANDIS

FELICITATEM!

* * *

NOn puto, cuiquam mirum videri posse, quod hanc dissertationem meam inauguralem VOBIS, VIRI MAGNIFICI, cumprimis inscribere voluerim. Si enim par est, vt quos Deus rectores reipublicæ constituit, sciant, quales habeant ciues, quibus moribus, quibus ingeniis ac dotibus sint præditi; VOBIS vtique, PATRES PATRIAE, ego, vtpote qui primum FRANCOFVRTI hanc vitalem auram hausi, studiorum meo-

rum rationem documento quodam reddere debeo. VESTRA, PATRES CONSCRIPTI, in altius faſtigium euecta virtus clarius emicat, ac veluti publica Pharos quædam innumeris benignum lumen ſuum impertit. VESTRA rempublicam adminiſtrandi prudentia, in litibus præſcindendis ſapientia, in tuenda pace ac firmanda concordia, gloria, non vario ſermone, ſed clariſſima vna omnium voce concelebrantur. Inde fit, vt VESTRAM, ſapientiſſimis inſtitutis

ac

ac legibus fundatam REMPVBLICAM, & exteri eminus ſuſpiciant, indeque exempla petant, vnde caritas amorque promulgentur. Equidem is ego minime ſum, qui inſignes & ſupra vulgaria poſitas laudes VESTRAS recenſere verboſius auſim, potius, quod vnicum duntaxat poſſum, admirabor eas, ſimulque gratiam VESTRAM, VIRI ILLVSTRES atque EXCELLENTISSIMI, modeſte demiſſeque ambio. Deus VOS VESTRASque Familias ſeruet, for-

tunas

tunas VESTRAS, gloriam VESTRAM perennem eſſe velit. Si quo ibitis, ipſa VOS ſalus ferat, quicquid optabitis, Deus vota præueniat, ac rata eſſe iubeat. Ita vota nuncupat

VIRI MAGNIFICI
ILLVSTRIVM NOMINVM
VESTRORVM

cultor deuotiſſimus ac indefeſſus

Ioh. Balthaſar Gelff.

OECO-

OECONOMIA.

§. I. *Differentia inter ius in re & ad rem vtilissima in limine iudicii.* §. II. *Addenda vero restrictio actionum aduersus tertium, quo pertinent in rem scriptae.* §. III. *Ad has non est referenda actio pignoratitia, neque de iure canonico.* §. IV. *Recte vero actio quod metus causa, quatenus competit aduersus tertium, cum alias fundetur in subtilitate inepta principiorum quondam philosophicorum.* §. V. *Aduersus tertium vtilitatem praestat haec actio, posthabita differentia inter negotia bonae fidei & stricti iuris.* §. VI. *Cur Romani immemores fuerint doctrinae de vi bonorum raptorum.* §. VII. *Vt & de concussione.* §. VIII. *Spernenda hodie illa philosophica distinctio inter vim compulsiuam & ablatiuam.* §. IX. *Ideoque inquisitorie procedendum ob quamlibet illatam vim.* §. X. *Neque actiones poenales quadrant ad nostrum statum publicum.* §. XI. *Restrictio actionis quod metus causa aduersus tertium.* §. XII. *Pretium tertio possessori restituendum, vbi simul de reliquis restrictionibus.* §. XIII. *Secunda actio in rem scripta est de pauperie, quae etiam fluit ex absurdo quondam principio philosophico de animo brutorum.* §. XIV. *Actio si quadrupes est vel dire-*

cta vel vtilis, variæ vero quadrupedum differentiæ, vbi de equo dolone concitato, & quid sit dolon. §. XV. *In lege Mosaica non ad quadrupedem respicitur, sed ad culpam domini, a quo absurdissime recedit Talmud in Cod. Baba Kama cap. 4.* §. XVI. *Cur actio de pauperie sit in rem scripta.* §. XVII. *Cur actio noxalis, in specie ita dicta, non quadret ad nostrum statum, etiam quoad mancipia Christianorum Turcica.* §. XVIII. *Tertia in rem scripta est actio ad exhibendum, præparatoria, vnde interesse prius docendum quoad actionem principalem.* §. XIX. *Res quomodo exhibenda in eadem causa.* §. XX. *Cur hæc actio sit in rem scripta, & vtrum immediate sit ex lege, an ex quasi contractu.* §. XXI. *Quis dicere, quis discere debeat argumenta rei, de qua agitur.* §. XXII. *Compositio disceptationis inter Cornelium van Bynkershoek & Ger. Noodt, iuncto responso Scabinat. Hal.* §. XXIII. *Modus procedendi hodiernus, vbi de processu mandati cum vel sine clausula.* §. XXIV. *Quarto actio in rem scripta competit ex iure retractus.* §. XXV. *Præsertim ex retractu gentilitio, non ex legibus ciuilibus, sed ex iure Germanico deducendo.* §. XXVI. *Quomodo computandum pretium, quod cum impensis & harum vsuris restituendum.* §. XXVII. *Singularis textus de iure congrui in Reformatione Francofurtensi.* §. XXVIII. *Quinta actio in rem scripta est aquæ pluuiæ arcendæ.* §. XXIX. *Sed hæc adeo restricta, vt vix aliquis vsus remaneat.* §. XXX. *Hoc vlterius explicatur, vt & æmulatio, & rarior vsus iuramenti æmulationis.* §. XXXI. *De actionibus in rem scriptis hactenus non agnitis generatim.*

§. I.

§. I.

QVam ingentem in Iurisprudentia noſtra præſtet vtilitatem differentia inter ius in re & ad rem, non tantum omnes fatentur Iurisconſulti, ac imprimis experiuntur, qui ea præferunt, quæ in ipſis rerum obtinent argumentis, ſed & teſtatur forum, quod nulla lis ſine huius doctrinæ iuſta contemplatione rite dirimi queat; ita enim ab initio litis primaria eſt quæſtio, an adſit aliquis nexus obligandi; quo ceſſante, actor a limine iudicii repellitur, & opponitur ei exceptio non fundatæ intentionis, non competentis actionis. Non vero ſufficit vana oppoſitio, quamuis ſit quotidiana, ſed conuenit apprime disquirere, vtrum actor fundatus ſit in alterius quodam facto obligatorio licito vel illicito, quod ipſum exprimitur per ius ad rem, an vero ius aliquod in re valeat allegare. Noſtrum iam non erit mouere vel dirimere controuerſiam, de ſpeciebus iuris in re, ſæpius motam, vtrum vna tantum, an quatuor vel quinque debeant admitti, quænam actio ex iure pignoris competierit ante Prætorem Seruium, quam credimus fuiſſe rei vindicationem, a creditore, tanquam procuratore in rem ſuam, nomine debitoris

instituendam: sed tamen ad nostrum scopum, & vt de fundata actione statim in primordio cuiusuis litis constet, retineri posse quinque species existimamus, nimirum dominium in specie ita dictum, ius hereditarium, seruitutem, pignus & possessionem, quamuis quoad hanc vltimam, cum hoc discrimine, quod accessoria tantum sit species ad reliquas quatuor, non in se, vnde nunquam competit possessorium, nec aliud eius admittitur fundamentum seu color, nisi ex iure in re, ex quo e contrario semper præsto esse debet remedium aliquod in summariissimo, tam adipiscendæ, quam retinendæ & recuperandæ, quamuis nullum exemplum interdictorum supersit: *ita Dn.* PRAESES *in Posit. Pract. cap. 26. Pos. 12. 13. 14. ibique cit. illustr. Dn.* BOEHMER.

§. II.

Non vero licet subsistere in actionibus realibus tantum, quando tertius quispiam, alias neutiquam obligatus, conueniri debet, sunt enim & actiones in rem scriptæ, quæ aliquid mutuantur ab actionibus realibus, nempe vt dentur contra tertium possessorem, at non indiscriminatim, sed cum maximis *restrictionibus*, de quibus in hac dissertatione præprimis agendum, cum genuinus conceptus actionum in rem scriptarum in hoc consistat, vt ex certa quadam lege & textu expresso demonstretur, quatenus, & qua ratione actio in se personalis tangere possit tertium. Sine vllo dubio enim hæc doctrina ad ius singulare pertinet, de quo constat inter omnes, quod nec rationis identitas, nec ita vlla interpretatio extensiua admittatur, sed stricte legibus earumque verbis inhærendum sit,

ſit, manente tamen regula, quod, quoties lex actioni perſonali qualitatem quandam ſuperaddit contra tertium, toties ſit in rem ſcripta, licet non ſemper ita appelletur; at ideo non eſt confundenda cum actionibus adiectitiæ qualitatis, hæ enim in ſe plane non ſunt actiones, niſi adiiciantur principalibus ex ipſo negotio deſcendentibus, nec competunt contra quemuis, ſed ſolummodo contra hos, qui ex negotio vel contractu alterius tenentur, quamuis ipſi non contraxerint, veluti patres familias, exercitores, domini.

§. III.

Regula ſuppeditata de neceſſitate legis expreſſæ adeo firma eſt, vt ab ea recedere nullatenus liceat. Ita pronuntiatum meminimus contra tertium ex ficta quadam æquitate, vt ſolueret creditoris ſui creditori, vtut priori ſolutio iam facta, addita ratione, quod competat aliqua ſpecies actionis in rem ſcriptæ, quod reformauit incylta Facultas Iurid. Hallenſis ex meliori ratione, quod non liceat fingere hoc genus actionis. Ita quoque ſine ratione doctiſſimus MEVIVS *Part. 5. Dec. 342. n. 8.* actionem pignoratitiam retulit inter ſcriptas in rem, non ex ratione iuris ciuilis, quod contrariatur. *Vid. L. 27. ff. d. pignorat. act. L. 2. ff. d. pignorib. L. 1. C. ſi antiqu. cred. pign. vend.*, ſed iuris Canonici *in c. cum contra 6. X. de pignorib. cum quo conuenit B.* STRYK. *in caut. contr. ſect. 2. c. 4. §. 42.* At vero ex hoc textu iuris Canonici nihil poteſt probari, cum expreſſe ſupponat caſum in iure ciuili æque fundatum, nimirum quando tertius ſciuit, cuius ſit pignus, ita ſe habent verba: *cum contra nobilem virum G. Deenten, ciuem Anagninum ſuper quibusdam poſſeſſionibus, quas quon-*

dam pater tuus Laudum de Salis pro certa pecuniæ quantitate obligarat, & creditoris heredes prædicto G. pignorarant, mouisses in nostra præsentia quæstionem. Ex quibus luculenter apparet, hoc loco idem tradi, quod iam habetur in titulo Codicis *si pignus pignori datum. Vid. Prælectiones Dn.* PRAESIDIS *ad hunc tit.* Omnes enim actiones personales, veluti ex pacto de retrouendendo, protimiseos &c. contra tertium competunt, quatenus est malæ fidei vel fraudis particeps, quia tunc non est tertius, sed ex proprio facto conuenitur. Singulare igitur, quod Pontifex in *cit. c. 6.* ex Canonicis Sanctionibus deduxit, in hoc solummodo consistit, vt fructus rei oppignoratæ imputari possint in sortem, secus ac iure ciuili, si inter contrahentes id placuerit. *conf.* GONZAL. TELL. *ad dict. c. 6. n. 2.*

§. IV.

Transimus ad veras actiones in rem scriptas, & quæ recte pro talibus possunt haberi, earumque genuinum conceptum. Inter has imprimis occurrit actio quod metus causa, quæ plus simplici vice & verbis expressis vocatur in rem scripta *in L. 9. §. f. ff. quod metus causa;* vbi ita: *cum autem hæc actio in rem sit scripta, nec personam vim facientis coërceat*, item in fine: *sed est verius, quod Marcellus notat, etiam aduersus reum competere hanc actionem, cum in rem sit scripta.* Fundatur vero in edicto prætoris: *Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo.* Subtilissime, pro more suo, in hoc Edictum commentatus est *celeb. ICtus* GER. NOODT *ad tit. ff. quod metus causa.* Sed magis ardua est quæstio, cur hoc Edicto fuerit opus, cum iure naturali coactio excludat consensum, quod alias ius ciuile quoque sequi-

tur

tur *in L. 21. §. 3. ff. quod met. cauſ. L. 9. pr. L. 17. ff. qui & a quib. manumit. L. 14. C. d. nupt. L. 20. §. f. ff. qui teſtam. fac. poſſ. adde t. t. ff. & C. ſi quis aliquem teſtari prohibuerit, vel coegerit.* Nec ſane vllum fundamentum huius reſtitutionis prætoriæ inueniri poteſt, niſi ex craſſa veterum philoſophorum ſubtilitate repetatur, quod coacta voluntas olim etiam fuerit voluntas, vnde iuſtitia dicebatur conſtans & perpetua voluntas, nec iuſtus poterat appellari, qui conſenſum, quamquam ſub cruciatibus ſuppeditatum, poſtea denegauerat; ita enim Stoici: *ſapientem eſſe imperturbabilem, atque adeo omnes ipſius actiones voluntarias; hinc, ſi vratur ſapiens, ſi crucietur, in Phalaridis tauro ſi erit, dicet: quam ſuaue eſt hoc! quam hoc non curo!* vid. LIPSIVS *in manud. ad philoſ. ſtoic. L. 3. diſſ. 6. & 7.* At ſicut tempeſtatum, ſic principiorum philoſophicorum ſemper fuit varietas, tempore igitur Prætoris, quisquis fuerit autor Edicti, nemo ſanus credebat, coactionem & voluntatem ſimul ſubſiſtere poſſe, deficieba vero diſpoſitio iuris, & ſic reſtitutio prætoria deſiderabatur, inſimul capi poteſt, quid ſibi velit, quod hæc reſtitutio ſupponat actum ipſo iure, puta ciuili antiquo, validum, etenim Prætor ſemper accommodauit Edicta ſua ad ſtatum rerum longe immutatum, ſane debebat philoſophia ancillari doctrinis altioribus; at domina facta omnia perturbat, vnde CICERO: *ſed neſcio, quomodo nihil tam abſurde poteſt dici, quod non dicatur ab aliquo philoſophorum.*

§. V.

Sed nunc vlterius diſquirendum, vtrum iure prætorio indiſtincte reſtitutio debuerit poſtulari, an non etiam actus in ſe fuerit nullus. Audiamus quæ hac de re doctiſſime tradit ſupra laudatus

GER. NOODT. *Postremo,* inquit, *consideremus, num etiam ipso iure infirmetur, quod metus causa gestum sit, ideoque prætoria in integrum restitutio non desideretur. Scio, esse qui dubitent, sed mihi placet, distinguere, vtrum sit bonæ fidei negotium, in quo dicitur metus interuenisse, an stricti iuris. Posteriori casu puto subtili iure subsistere, sed prætoria æquitate rescindi. Priori casu esse nullum ipso iure, nec egere Prætoris rescissione, quasi non nata actione. Possem id in præsentia demonstrare: sed non opus, quia in antecessum egi, & diligenter, lib. sing. de forma emendandi, doli mali c. vlt.* Elegantia hæc sunt, sed vix amplissimam materiam iuris antiqui & hodierni exhauriunt, præsertim si supponamus generaliorem illum conceptum de constantia voluntatis perpetuæ, quoad iustitiam, & quod iustus nullo modo potuerit vocari, qui non perseuerabat in promissione facta, licet extorta. Præterea hodie cessantibus negotiis & actionibus stricti iuris, cessaret omnis effectus actionis quod metus causa. Sed hoc affirmare non sustinemus, cum sit actio in rem scripta, & eatenus effectum producat contra tertium. Argumentum a dolo ad metum non est perpetuum, inutilem vero esse de iure hodierno separatam actionem doli, firmiter persuademur. *vid. Dn.* PRAES. *posit. Pract. cap. 1. Posit. 38.*

§. VI.

Maius dubium suboritur, cur Romani adeo immemores fuerint doctrinæ suæ de vi bonorum raptorum, quamuis enim actio exinde competens in effectu tantum fuerit tripli; attamen hoc deinceps ridiculum videbatur *pr. I. d. vibon. rapt.* & addebatur actio furti manifesti, ad id, quod pro supplendo quadruplo amplius

amplius erat consequendum *l. 80. §. 3. ff. d. furt.* Pœna vero quadrupli contra vim inferentem in actione quod metus causa indistincte non comprehendebatur, sed tum demum obtinebat, si restitutio ad arbitrium iudicis non fuerit secuta: & ita ob contumaciam. MENCK. *in syn. ff. ad tit. quod met. caus. §. 3.* nihilominus supponebatur impetus maior, qui repelli non potuerit *l. 2. ff. dict. tit.* atque adeo nulla videbatur differentia fingenda inter rapientem & vim inferentem atrociorem. Sed facile resolui potest dubium ex ipsa iam dicta subtilitate philosophica, in eo enim consistebat ratio disparitatis, quod raptor rem ablatam ipse rapuerit, vi aut metu compulsus vero ipse tradiderit, vel in negotium gestum consenserit, a quo consensu, salua iustitia, secundum dictum conceptum considerata, non poterat resilire, nisi a Prætore in medium producta demum fuisset restitutio in integrum, non ex sola æquitate arbitraria, multominus auctoritate, quæ semper restricta erat ad formulas, sed quia Romanis non amplius arridebat pristina philosophia, & ridebatur disparitas inter rapientem & extorquentem, sicut nec hodie sapientiores, præprimis in officio publico aut medio foro constituti, risum possunt tenere ad tot & tantas altercationes philosophicas.

§. VII.

Sed quomodo concussionem, quam cum Vlpiano veteres ICti haud ignorarunt, & pro crimine extraordinario habuerunt, separabimus a negotio, quod metus causa gestum esse dicitur? Sane non inutilis aut plane inanis est hæc dubitatio & disquisitio. At duplici ratione erit respondendum, sicuti duæ extant

leges

leges in digeſtis ſub titulo de *concuſſione.* *In l. 1.* Vlpianus agit de crimine concuſſionis in ſpecie, quæ interuenit ſimulato præſidis iuſſu, vt ipſe præſes iubeat ablatum eiusmodi terrore reſtitui, & delictum coerceat, nempe ſimpliciter, non in euentum poſthabiti arbitrii, quod vult Prætor. *In l. 2.* tantum additur, quod hoc iudicium non quidem ſit publicum, poſſit tamen certa ratione publicum fieri, nimirum ſi crimen iam Lege Cornelia ſpecialiter notatum, & ſic concuſſio non pertinebat ad Prætorem, eiusque tradita de metu. Vnde Doctores hodie, cum omnia delicta ſint contra leges publicas, rectius crimen concuſſionis ampliant, & pœna in praxi ſecundum gradus terroris infligitur.

§. VIII.

Concludimus igitur, quod de iure hodierno vix fingi poſſit caſus, vbi ſecundum Edictum Prætoris tractetur illata vis aut terror, & inde proueniens metus, niſi aduerſus tertium. Spernenda quoque mira illa ſubtilitas differentiæ, an coactus tradiderit ipſe, an raptor rapuerit, ſicuti nec vis bonorum raptorum coercetur mediante quadruplo, ſed pœna *in Conſt. Carolin. art. 126.* eſt gladii, ſiue res rapta magni ſiue minimi ſit pretii, ſiue delictum prima ſiue iterata vice commiſſum. Ita crucietur inſipiens; non ſapiens. Præterea Lex Aquilia, quæ nec culpam leuiſſimam excludit, nec ipſum dolum, MENCKEN *ad tit. ff. ad Leg. Aquil. ibique cit. l. 44.* hodie & de iure Germanico extenditur ad ſatisfactionem pro dolore, das Schmertz-Geld, quod non admittebant Romani. Vno verbo: omne damnum datum reparandum eſt quacunque ratione

tione, nec recurrendum prius ad aſylum Prætoris, ac ſi deficeret ius ciuitatis. Imo vero ſola concuſſio in nonnullis locis eſt capitalis, quia vix differt a rapina rei minimæ, & terror vbi incutitur ſine grauiſſima pœna, ibi inclinat reſpublica & labaſcit. Sapienter conſtitutum eſt *in Ordinatione Politica Magdeburg. cap. LXXIII.* Von Straffe der Concuſſion §. 1. Wer auf der Straſſe oder im Hauſe einen andern bedrohet, Geld von ihm zu erpreſſen, ob er ihn gleich würcklich nicht angreifft, auch nichts von ihm erhält, der ſoll mit dem Schwerdte vom Leben zum Tode gebracht, und der Cörper aufs Rad geflochten werden. Porro §. 2. Da jemand durch ſeine richterliche oder obrigkeitliche Gewalt, oder durch andern Schrecken von jemand Geld erpreſſet oder durch dergleichen Gewalt oder Schrecken zu etwas anders, als unzuläßigen Heyrathen, Kauffen oder Verkauffen wieder ſeinen Willen zwinget, der ſoll mit dem Schwerdte vom Leben zum Tode gebracht werden. Verba §. vltimi ſunt vere ipſiſſima iuris ciuilis, ſed ſanctio eſt grauior. Putamus tamen, leuiorem & pecuniariam tantummodo obtinere pœnam, ſi iudex miniſtri ſui exceſſum eo ipſo approbet, quod rem ablatam ſtatim non reſtituat.

§. IX.

Inquiſitorie igitur proceditur hodie, quoties ob leuiorem metum condictio ſine cauſa, vel ob turpem cauſam non ſufficit, imo in plurimis Germaniæ locis ob ſolas iniurias obtinet inquiſitio, multo magis ob vim illatam, tam in vrbibus, quam in via publica, quoniam eadem eſſe debet ſecuritas, nec requiritur,

vt accesserit obsessio viarum, quæ ad separatum delictum pertinet, neque permissum est, vt meretrices aut prostibula vestimentis priuentur in via; quam sæpius defensores excusationem præbere solent, sed frustra. *v. l. 7. §. 1. ff. quod met. caus.* Ita pronunciauit *Incl. Facultas Iur. Hal.* Obwohl von dem constituirten Defensore zu des Inquisiten Vertheidigung vorgewendet werden wollen, daß er gleichwohl den Weg nicht obsediret, oder auf der Strasse aufgepasset, zu dem die Beraubte, so eine Hure gewesen, auszuziehen erlaubet. Alldieweil aber zu dergleichen gewaltsamen Beraubung, ad infligendam pœnam capitalem ordinariam die Wege-Lagerung, als ein besonderes crimen, nicht erfordert wird, sondern das grauius delictum ohne dem das minus absorbiret. CARPZ. *Proc. Crim. Part. 3. Qu. 132. n. 19. & 67.* Dagegen ein ungegründetes und unverantwortliches Anführen ist, daß die Huren auszuziehen, oder wie in præsenti, im Walde zu berauben verstattet sey, vielmehr in allen wohlbestellten Gerichten, bloß dieserhalb die Straffe des Schwerdts erkant wird, wofern nicht sonderliche causæ mitigationis vorhanden, so sich in gegenwärtigen Fall in keinem Stücke herfürthun. Bevorab da Inquisit die Beraubte von der ordentlichen Straffe auf Abwege geführet. &c.

§. X.

Equidem ius Romanum eo respexisse videtur, vt plenius satisfieret parti læsæ, quia quadruplabatur res cum fructibus & omni causa *l. 14. §. 7. ff. quod met. caus.* nec hodie satisfactio reipublicæ plane debebat excludere priuatos, tam enormiter læsos. Sed rectius responde-

tur,

tur, actiones pœnales non quadrare ad nostrum statum publicum, vbi omnes pœnæ pertinent ad fiscum, sicuti fiscus ad regalia, quæ priuatis non competunt, nisi ex speciali concessione, priuatis vero læsis sufficere potest, si ipsis plenissime satisfiat quoad interesse priuatum, etiam hodie quoad dolores. Enimuero Tribuni Plebis actiones pœnales introducebant in statu plebeio, sicut L. Aquilia est ex Plebiscito, quod cum sapienter crederet institutum populus Romanus, Lege Hortensia lata volebant iubebat, vt Plebiscita non minus valerent ac leges. Nec obstat, quod in ipsis legibus fundamentalibus Germaniæ priuatis permittatur lucrum aliquod ex maleficio alterius, veluti vt dominium rei propria autoritate occupatæ amittatur. vid. Rec. dep. d. anno 1600. §. ob auch auf obligationes. Nam ista tempestate misera erat facies iuris publici ex legibus ciuilibus, traditis Glossatorum & aliis lacunis hausti, donec iniuriosus alias HIPPOLITVS A LAPIDE post illum PVFFENDORFIVS THOMASIVS, & imprimis Academiæ huius Cancellarius, de LVDEWIG ad saniores fontes reducerent errantes. De regalibus in specie *vid. Dn.* PRAESID. *Oecon. Camer. cap.14.18.20. & 21.*

§. XI.

Quamuis igitur actio quod metus causa effectu destituatur aduersus ipsum vim inferentem, prout latius ostensum, nihilominus tamen efficacia sua non caret aduersus tertium possessorem, quatenus est in rem scripta, id est cum maxima restrictione & limitatione competit contra tertium. Nostrum vero erit probare hanc limitatam qualitatem, & quidem si quis de hac dubitaret,

possemus prius ex illo quærere, quomodo probet, quod actio sit in rem scripta, nulla enim personalis, salua analogia iuris, tangit & ferit tertium. Sed cum eodem res recidat, facile onus probandi in nos suscipimus, quippe iidem textus, ex quibus demonstratur, actionem esse in rem scriptam, simul suppeditant limitationem. Ita *in l. 14. §. 3. ff. quod met. caus.* dicitur: *in hac actione non quæritur: vtrum is, qui conuenitur, an alius metum fecit; sufficit enim hoc docere, metum sibi illatum vel vim; & ex hac re eum, qui conuenitur, etsi crimine caret,* LVCRVM TAMEN SENSISSE. Ex quo luculenter apparet, tertium eatenus tantum teneri, quatenus locupletior factus, nec obstat, quod actio contra eum quoque competat, quatenus est pœnalis, nam hoc non fit, nisi ob eius propriam contumaciam, sicuti ipsus textus supplet in fin. §. *Nec cuiquam iniquum videtur, ex alieno facto alienum in quadruplum condemnari; quia non statim quadrupli est actio, sed si res non restituatur.* Accedunt verba finalia §. 5. *dict. l. 14. etiamsi alius metum fecit: nam in alterius* PRAEMIVM *verti alienum metum non oportet.*

§. XII.

Pretium igitur, quod dedit tertius possessor suo venditori, ipsi restituendum ab actore, quia alias manifestam inuolueret contradictionem, quod tertius lucrum tantum non debeat sentire, & tamen amittere pretium, lucrum vero ita capiendum, quod istæ res vt plurimum viliori pretio vendantur, hoc præmium & lucrum non debet capere tertius, sed indemnis factus restituere rem ipsam. Si enim vi vel metu fundum auus tuus distrahere coactus est, etiamsi maxime

emtor

emtor eam alii vendidit, ſi tamen tu auo tuo heres extitiſti, vt tibi, *reddito a te pretio*, reſtituatur, poſtquam placuit in rem quoque dari actionem ſecundum formam perpetui edicti, adito præſide prouinciæ poteris poſtulare, ſunt verba *l. 4. C. de his quæ vi metuſeue cauſ. geſt.;* datur enim actio quidem in rem, ſed ſecundum formam Edicti, id eſt in rem ſcripta, ſeu reſtricta. Præterea adhuc duæ aliæ diſparitates & reſtrictiones in iure deprehenduntur, nimirum, qui metum intulit, de caſu fortuito quoque tenetur, non vero tertius bonæ fidei poſſeſſor, hic enim non poteſt conueniri, quando res interiit. Deinceps metum inferens fructus quoque percipiendos cogitur reſtituere, neutiquam bonæ fidei poſſeſſor. *conf. Illuſtr.* BOEHMERI *Introd. in Ius Digeſt. ad tit. quod met. cauſ.* §. *8. ibique cit. text.*

§. XIII.

Succedit ſecunda actio in rem ſcripta, quæ dicitur noxalis, ſiue quadrupes pauperiem fecerit, ſiue ſeruus noxiam commiſerit. Et primo quidem de quadrupede agendum. Pauperies eſt damnum ſine iniuria facientis datum, nec enim poteſt animal iniuriam feciſſe, quod ſenſu caret. *l. 1.* §. *3. ff. ſi quadrupes pauperiem feciſſe dicatur.* Sed ſiue pauperiem, ſiue damnum iniuria datum dixeris, ante omnia quærendum, quænam ratio, quæ eſt anima legis, commouerit Romanos ad hanc miram iuriſprudentiam, vt dominus quadrupedis teneatur, cum alias quilibet ſibi cauere debeat a beſtiis ſenſu carentibus. Supponendum enim ex textibus & analogia iuris, quod domino nihil omnino imputari poſſit, imo nec leuiſſima culpa, quia alias competit actio L. Aquiliæ ad omne damnum reparandum

ſimpliciter, id eſt poſthabita electione noxiæ deditionis. Sane vix vlla via inquirendi in rationem ſupereſt, niſi recurramus ad antiquiora principia philoſophica. Credebant enim veteres, beſtias habere animum, & ex eo operari; vnde ius naturæ ipſis tribuitur, & additur *pr. Inſt. d. Iur. nat. gent. & ciu. videmus enim, cetera quoque animalia iſtius iuris* PERITIA *cenſeri.* Et in præſenti materia beſtiis imputatur animus prouocandi, ne damnum paſſo competat actio, ſi arietes vel boues commiſerint, isque perierit, qui prouocauerat *l. 1. §. 11. ff ſi quadrup.* Porro apibus & columbis tribuitur animus reuolandi, ſi velint, quo deficiente dominus non admittitur ad probationem dominii, de manſuetis autem animalibus prædicatur, quod animum redeundi nunquam deponant *l. 3. §. 2. l. 4. & 5. ff. de acquir. rer. domin.* Poſtea alii philoſophorum brutis tribuerunt ſolum mechaniſmum, quem alii iterum ad actiones humanas quoque traxerunt, certo indicio, quod non ſemper remanſerit differentia inter philoſophum & animal philoſophicum. Adeo varia & incerta ab omni æuo fuere principia philoſophica.

§. XIV.

Quadrupes igitur, ſi pauperiem feciſſe dicatur, noxiam ſarciri, noxæue dedi iubet Prætor. Si bipes fuerit, actio vtilis competit per expreſſum textum in *l. 4. ff. ſi quadr.* Neutiquam enim ad furioſum hæc actio applicari poteſt, non tamen iniqua videtur actio in factum prætoria, vt ex furioſi bonis damnum refundatur, quod vult STRYK. *in Vſ. Mod. ad tit. ſi quadr. §. 1. ſequ.* quamuis caſus ſine negligentia cuſtodientis vix dabilis, & tunc actio L. Aquiliæ obtinet, etiam ob leuiſſimam

culpam.

culpam. Inter quadrupedes alia occurrit differentia, vtrum ſint manſuetæ pecudes, an beſtiæ, quibus naturalis eſt feritas: ad has actio non quadrat, etiamſi ex cuſtodia egreſſæ, *& ideo ſi vrſus fugit, & ſic nocuit, non poteſt quondam dominus conueniri: quia deſinit eſſe dominus, & ideo, & ſi eum occidi, meum corpus eſt, l. 1. §. 10. ff. ſi quadr.* Tertia differentia eſt, vtrum manſuetæ contra naturam ſui generis fecerint pauperiem, an ſecundum illam; Priori caſu competit actio ſi quadrupes, poſteriori actio de paſtu, in vtraque vero petitum eadem fere ratione formandum. Sed tamen hodie non ſine culpa domini vel bubulci pecus depaſcitur herbas alterius. Quarta inter manſuetas quadrupedes ſuboritur differentia: vtrum contra naturam ſuam pauperiem fecerint vltro, an vero ab alio concitatæ. Poſteriori enim caſu non competit noſtra actio, quam examinamus, ſed actio in factum aduerſus concitantem. Ita *in l. 1. §. 7. ff. ſi quadr. Et generaliter hæc actio locum habet, quoties contra naturam fera mota pauperiem dedit, ideoque ſi equus* DOLORE *concitatus, calce petierit: ceſſare iſtam actionem, ſed eum, qui equum percuſſerit, in factum magis quam L. Aquil. teneri, vtique ideo, quia non ipſe ſuo corpore damnum dedit.* Rectius pro *dolore* legendum DOLONE, quod ex BVDAEO iam notauit *celeb.* NOODT *ad tit. ff. ſi quadr.* Sed an hoc loco recte BVDAEVS dolonem interpretatus ſit flagellum, intra cuius virgam latet pugio, ἀπὸ τῦ δόλυ, id eſt a fallendo, quod decipiat ferro, cum habeat ſpeciem ligni, quodammodo dubium videtur, cum ipſe Varro dolonem tanquam ſpeciale inſtrumentum deſcribat, quod ſit ingens contus, cum ferro breuiſſimo; in noſtra lege vero pro aculeo tantummodo ſumi verius videtur. Ita

quo-

quoque *Phædrus* dolonem pro aculeo muſcæ dixit *Lib. 3. Fab. 7. v. 3.*

§. XV.

In lege Moſaica *Exod. 21. v. 20. ſequ.* reſpicitur ad culpam domini bouis, & grauiſſima erat coercitio, ad pœnam interdum capitalem extendenda propter dolum. Ita *v. 29. At ſi bos antea fuerit petulcus, & eius dominus admonitus fuerit, neque tamen cuſtodiuerit, ſi virum aut fœminam occiderit, & bos lapidator, & eius dominus morte plectitor.* Nimirum ob ſcandalum publicum & ad euitandum vlterius malum bos e medio tollebatur publice, tota vero connexio citati *cap. 21.* commonſtrat, quod de damno iniuria dato agatur, id quod hodie, ſublato hoc iure Moſaico, pertinet ad L. Aquiliam. In ſpecie vero de boue agebatur ob frequentia & ſingularia damna. Differentiam vero tradit Talmud. in Tomo, qui inſcribitur *ordo damnorum*, vbi ex verſione SVRENHVSII: *Quatuor ſunt damnorum fontes: bos; puteus; depaſcens; incendium. Non ita ſe habet bos, vt depaſcens; nec depaſcens vt bos, nec hic & ille, in quibus eſt vitalis ſpiritus, vt ignis, qui ſpiritu vitali deſtituitur; nec denique hic & ille, qui ambulando ſolent nocere, vt puteus, qui non ſolet ambulando nocere. Conditio æqualis in iſtis hæc eſt, quod nocere ſoleant iisque attendere debeas: & quum horum aliquo damnum infertur, lædens teneatur damni pretium ſoluere e præſtantiſſimo prouentu.* Sed quomodo computanda damni reparatio, ac qua ratione procedendum aduerſus bouem, ita vt tantum non fuerit litem conteſtatus, tam barbare enim intellexerunt legem Moſaicam, hoc amplius refert *Talmud. Cod. Baba Kama cap. 4.* vbi: *Bos conuictus reſpectu ſpeciei ſuæ, nec*

con-

conuictus respectu aliarum specierum; conuictus hominis respectu, nec bestiæ respectu conuictus; conuictus respectu minorum bestiarum, nec maiorum respectu conuictus, secundum quam speciem conuictus est, præstatur damnum totum: & secundum quam speciem non est conuictus, dimidium damni præstatur. Proposuerunt coram D. Iuda. Ecce secundum sabbatha; non vero dies profestos sit conuictus. Ipsis respondit, quoad sabbatha præstabitur totum damnum, quoad dies profestos præstabitur damni dimidium. Quando innocens censebitur? Quum ab eo abstinuerit tribus sabbathis. Porro: *Si bos Israelitæ cornu petat bouem sacrum, aut bos sacer cornu petat bouem Israelitæ, liber est, quia dicitur (Ex. 21, 35.) bos proximi sui, non vero bos sacer; si bos Israelitæ cornu petat bouem idololatræ, possessor liber est; si vero bos idololatræ cornu petat bouem Israelitæ, siue innocens, siue conuictus, totum damnum præstatur.* Item in sequentibus: *Si periti alicuius bos cornu feriat bouem surdi, stulti, aut pupilli, possessor tenetur, surdi vero stulti, aut pupilli, si cornu feriat, bouem periti, liber est. Si bos surdi, stulti, aut pupilli cornu feriat, iudices his curatores præficiunt, atque testes in ipsos testantur, coram curatoribus. Si surdo aperiantur aures, resipiscat fatuus, pupillus grandescat, bos in integrum restituitur, vti sentit D. Meir. D. Iose inquit, ecce is in statu suo manet. Bos in theatro pugnans, non fit mortis reus, quia dicitur, quum cornu feriet, non vero, quum adigent ipsum, vt feriat.* Tam misere omnia miscentur, imo & gallum gallinaceum lapidatum fuisse, quod occidisset puerum, legitur in *Cod. Edajoth. cap. 6.*

§. XVI.

Consequens est, vt dicamus, cur hæc nostra actio de pauperie sit in rem scripta, cum nunquam possit di-

ci perſonalis, & perinde ſit, vtrum aduerſus primum dominum, ſub quo noxia facta, an aduerſus vlteriorem inſtituatur. Sed facilis eſt ex antecedentibus reſponſio, poſtquam enim agnitum erat principium, quod ipſa beſtia ſit deuincta, prono alueo exinde fluebat regula iuris, *quod noxa ſequatur caput. l. 1. §. 12. ff. ſi quadr.* atque adeo & primus & vlterior quadrupedis poſſeſſor habentur pro tertiis, quibus nihil poteſt imputari, cum nec minima vel leuiſſima ſupponatur culpa, & ita ceſſet actio perſonalis ſua natura, ob ceſſans factum obligatorium, non tamen actio de pauperie poteſt nominari realis, ſicut aliæ, quibus rem noſtram perſequimur, ex ſpecie aliqua iuris in re, quadrupes enim præciſe tradenda vel noxæ dedenda non eſt, ſed dominus electionem habet, an damnum reparare velit, *l. 1. pr. ff. ſi quadr.* præterea ſi ante litis conteſtationem moriatur beſtia, ceſſat actio. *l. 1. §. 13. ff. eod.* poſt litis conteſtationem enim manet ex contractu, ſi tamen tertius occidit, dominus beſtiæ aut ſimpliciter litis æſtimationem offerre, aut actionem L. Aquiliæ contra occidentem cedere tenetur *cit. l. 1. §. 16.* Hæc ſunt, quæ ad theoriam huius doctrinæ ſpectare poſſunt, de praxi quando quæritur, reſpondent ICti, ſicut MENCKENIVS *ad tit. ff. ſi quadr.* quod actio de pauperie non ſit abrogata. Sed multa in iure noſtro non ſunt abrogata expreſſe, nempe per textum aliquem legum Imperii, quæ tamen in praxi genuinum non præſtant vſum, vbi cautela, vt ratio diſparitatis iuris & Romani & hodierni diſtincte oſtendatur, & ita L. Aquilia abſorbeat actionem de pauperie, ſicut vtplurimum. Multa e contrario quam maxime ad ſtatum noſtrum pertinent, & tamen a pluri-

mis

mis reiiciuntur, quo pertinet inter alia exemplum de his, quibus vt indignis hereditas aufertur, cum tamen ſublato Edicto Diui Hadriani legis Papiæ Popp. confirmatorio, retentum & ſeruatum ſit caput de ereptitiis & de bonis plane vacantibus. Poſterius retinent Doctores, prius reiiciunt, & qui non refutant, non tamen admittunt fiſcum quoad coniuges indignos, contra expreſſum textum in *l. 10. C. de his quib. vt indign.*

§. XVII.

Noxalis actio in ſpecie ita dicta quoad ſeruos, duplicem habet qualitatem, partim enim eſt adiectitiæ qualitatis, ita vt principalis actio ſimul ſit nominanda, veluti iniuriarum noxalis, furti noxalis &c. Quando vero de vtilitate huius actionis quæritur, diuerſimode reſpondetur, alii negant vſum modernum, quod ſeruos non habemus, B. LVDOVICI *ad tit. de noxal. act.* §. *2.* addit *ill. Dn.* BOEHMERVS *ad dict. tit.* §. *3.* quod hic tit. ſit magis hiſtoricus, quam vtilis, & ita recte, quidquid enim de applicatione ad mancipia Turcica nonnulli tradunt, *vid.* MENCKEN. *ad dict. tit.* §. *2.* illud cum noſtro ſtatu publico non conuenit, nec enim mancipia noſtra propter maleficia & delicta coercentur a domino ſuo, ſed a magiſtratu, nec acquirimus per ſeruos noſtros ſicut iure Romano, & quas fiſcus moueret vndas, ſi quis in ciuitate haberet medicos, mercatores, opifices, ſeruos ſuos, cum ingentibus peculiis, in his enim conſiſtebant diuitiæ & acquiſitiones Romanorum maximæ: Mancipia igitur chriſtianorum Turcica æquiparantur famulis noſtris, quorum delicta nobis non imputantur, niſi ex mandato, vel electione hominis inepti, notorii furis &c. *vid.* CARPZ. *Part. 4.*

Conſt. 17. def. 14. imputatur quoque domino, ſi impedire potuiſſet facinus. Ita nuperrime nobili pœnam viginti thalerorum dictatam meminimus, in cuius præſentia venator eius balneatorem, vinum aduſtum in maxima copia propinantem, miſerrime tractauerat, fuſtium admonitione pro gratiarum actione, imputabatur quoque nobili nimia familiaritas in eodem conuiuio.

§. XVIII.

Tertia in rem ſcripta eſt actio ad exhibendum, *exhibere eſt facere in publico poteſtatem, vt ei, qui agat, experiundi ſit copia. l. 2. ff. ad exhib.* vnde dicitur præparatoria. Plenius exhibere ab VLPIANO in *l. 3. §. 8. ff. de hom. lib. exhib.* dicitur in publicum producere & videndi tangendique hominis facultatem præbere; proprie autem exhibere eſſe, extra ſecretum habere, ideoque de rebus mobilibus tantummodo quæſtio eſt, quo pertinent leges de ſeruo, gemma, ſigillo, rota vehiculo aptata, tabulis teſtamenti, codicillis, ſtercore in aream meam congeſto, de rate in alterius agrum delata vi fluminis, & ſimilibus, res immobilis enim ipſa ſe exhibet vltro. Caſus, quem profert STRYK. *in not. ad Lauterb. ſub tit. ad exhib. voc. incognitæ* olim pertinebat ad interrogationes in iure & ad hodiernam praxin vix quadrat; de cetero perquam neceſſaria eſt hæc actio, & vis eius in vſu quotidiano eſt, & maxime propter vindicationes inducta *l. 1. ff. ad exhib.* Deficiente igitur actione principali, quia iam non intereſt agi nec acceſſoriæ vſus eſt: ſuperuacua præparatione eius, quæ non eſt ſecutura. Iudex vero ſummatim debebit cognoſcere, vtrum actoris interſit, non an

eius

eius res ſit, & ſic iubere vel exhiberi vel non, quia nihil interſit, *l. 3. §. 9. ff. ad exhib.* in dubio iudex non debebit eſſe difficilis, cum alteri non noceat, quod alteri prodeſt, ideoque, ſi non obſtent exceptiones liquidæ, veluti pacti conuenti, doli mali, iurisiurandi, vel rei iudicatæ, ſed exceptio ſit obſcurior, vel quæ habet altiorem quæſtionem, differenda erit in directum iudicium re exhiberi iuſſa *dict. l. 3. §. 13.*

§. XIX.

Porro res exhiberi debet in eadem cauſa, in qua fuit, cum iudicium acciperetur, proinde ſi poſt litem conteſtatam vſucaptam exhibeat, non videtur exhibuiſſe, cum petitor intentionem ſuam perdiderit, & ideo abſolui non oportere: niſi paratus ſit, repetita die intentionem ſuſcipere: ita vt fructus ſecundum legem æſtimentur, *l. 9. §. 6. ff. ad exhib.* Sed de hoc caſu egit *Dn.* PRAESES *in diſſert. de repetita die.* Quid ſi vero res deterior ſit exhibita; ex mente VLPIANI in *l. 17. ff. ad exhib.* nihil impedit directam ſeu principalem actionem talis exhibitio, poterit tamen agere actor ex L. Aquilia de damno dato. Aliter ſecundum mentem Edicti reſcripſerunt Imperatores Diocletianus & Maximinus in *l. 7. C. ad exhib.* *Exhibitionis neceſſitate tenetur, qui facultatem habens culpam vel dolum in explendo præcepto committit: ita vt ſi rem deteriorem exhibuit, æquitas exhibitionis perficiat, vt quamuis ad exhibendum agi non poſſit; in factum tamen actio contra eum detur,* quæ ſine dubio eſt actio vtilis ex paritate rationis deſumta, quod, ſicuti reſtitutio fieri debet cum omni cauſa, ita & exhibitio. Alia iterum quæſtio eſt, an gemma annulo incluſa ſeparari prius debeat, quod vt plurimum re-

 quirunt,

quirunt, ſed hæc ſubtilitas in praxi rariſſime attenditur, quamuis caſus de gemmis ſint frequentiores, neque enim ſupponi poteſt tam rudis incluſio, vt ſpecies gemmæ cum ſuis qualitatibus dignoſci nequeat.

§. XX.

Oritur actio ad exhibendum immediate ex lege, quod cum HAHNIO *ad* WES. volunt plurimi, non tamen errabimus, ſi cum MENCKENIO & aliis dicamus, quod oriatur ex quaſi contractu, *arg. pr. I. de obl. quæ quaſ. ex contr.* Omnis enim actio, in rem ſcripta, eſt ſua natura perſonalis, & ſæpius in iure noſtro fingitur conſenſus ex æquitate, etiam quoad iſtas perſonas, quæ alias nec expreſſe conſentire valent, veluti pupillos; hæc enim eſt indoles actionum ex quaſi contractu, vt conſenſus vel fingatur, vel præſumatur, vnde in *l. 3. §. 3. ff. ad exhib.* expreſſe dicitur, quod actio ad exhibendum ſit perſonalis, quoniam tamen aduerſus quemcunque poſſeſſorem competit, ſine dubio eſt in rem ſcripta, quamuis in ipſo textu *l. 3. § fin. dict. tit.* ad quem omnes prouocant, ita non appelletur expreſſis verbis, ſufficit enim eorum generalitas; *Sciendum eſt aduerſus poſſeſſorem hac actione agendum, non ſolum eum, qui ciuiliter, ſed & eum, qui naturaliter incumbat poſſeſſioni. Denique creditorem, qui pignori rem accepit, ad exhibendum teneri placet.* Contra contumacem vero, & qui dolo deſiit poſſidere, in litem iuratur, iudice quantitatem taxante, *l. 3. §. 2. l. 5. §. 2. ad exhib.* ſed tunc actio videtur mere perſonalis ex facto illicito, at facile reſpondetur, quod iuramentum in litem pertineat ad coercitionem ex poſtfacto ſuperuenientem,

tem, tam ad actiones reales, quam personales. Ita rei vindicatio competit aduersus illum, qui dolo desiit possidere, manente actione reali, contra si filiusfamilias inscio patre pecuniam alicui crediderit, hic si mala fide consumserit, ad exhibendum tenetur *l. 11. §. 2. ff. de reb. cred.* manente actione personali. Et generatim fatemur non carere dubiis, an actio ad exhibendum dici possit in rem scripta, praesertim si eligamus opinionem, quod oriatur ex quasi contractu, ex hoc enim possessor non conuenitur qua tertius, sed ex ficto consensu, credimus tamen, defendendam esse sententiam communem, partim, quod actio ad exhibendum praeparatoria quoque, ad futuram actionem realem, sicuti iudicium possessorium est praeparatorium ad actiones reales, *Dn.* PRAES. *in Posit. Pract. cap. 26. Posit. 14. & in pecul. differt. de genuino color. possessorii ex solo iure in re.* partim ob singularem restrictionem, non enim rem consequimur, sicuti per actiones reales, sed solummodo inspicimus, vnde eleganter *celeb.* NOODT hanc actionem ad exhibendum statim ab initio tituli describit, quod ipsa sit in personam simul in rem scripta, eoque actiones in rem *in aliquibus imitans.*

§. XXI.

Antequam vero rem inspicere possit actor, quaeritur, quis designare prius debeat eius qualitatem, seu argumenta, vtrum actor, an reus? Satis clara videntur verba textus in *l. 3. pr. ff. ad exhib. In hac actione actor omnia nosse debet, & dicere argumenta rei, de qua agitur.* Sed dubium mouet haud exiguum vir acutissimi ingenii pariter ac iudicii CORNEL. van BYNKERSHOEK *in pre-*

præfat. ad libr. quatuor Obseruat. addito exemplo ac sententiis, quam contra citatum textum tulerat senatus, calculumque suum adiecit sequentem in modum: *Ego rogatus sententiam, respondebam, multa ab interpretibus nequicquam adferri ad d. l. 1. pr. sed locum omnino mendosum videri, vna autem litera facile restitui: si* pro DICERE *legamus* DISCERE. *Quo* VLPIANVS *significet, eius actionis hanc caussam non esse, vt actor* OMNIA NOSSE DEBEAT *&* DISCERE *argumenta rei, de qua agitur. In rei vindicatione* DICERE *debet argumenta rei, de qua agitur, hic* DISCERE, *vt ibi dicat.* Sed audiamus, quæ respondet *celeb.* NOODT *ad tit. ff. ad exhib. Hoc non omittam, quod, quisquis in rem agit, auctore* VLPIANO *in l. 6. D. de rei vindicatione, eam bene designare debet, eodemque modo in l. 3. D. ad exhib. monstrante Florentino exemplari, idem scribit* VLPIANVS: *In hac actione actor omnia nosse debet, & dicere argumenta rei, de qua agitur. In memoria quidem habeo, pro* DICERE, *in margine apud Holoandrum, Hugonem a Porta, Iuntas, nec non apud Iohannem Cruceum Picardum in annot. ad d. l. 3. reperiri,* DISCERE, *eamque lectionem Viro Clarissimo* CORNEL. van BYNKERSHOEK. *senatori adeo placuisse, vt de ea non esse dubitandum, sibi aliisque omni modo persuadeat. Sed mihi videntur pugnantia, actorem in hac actione oportere vltro ex se nosse omnia rei, de qua agitur, argumenta; & interim debere a reo discere omnia. Quid, si ne ius quidem ferat, reum teneri, actori omnia suppeditare argumenta rei, de qua agitur.*

§. XXII.

Nos quoad rem ipsam facile conciliari posse viros grauissimos existimamus. Posterior enim suppo-

nit

nit rem corporalem & certam, actori iam cognitam, quam ſine dubio actor deſignare debet, pariter ac in rei vindicatione. Prior vero cum *l.3. §.1. ff. ad exhib.* loquitur, quod diuerſæ & multæ ſint cauſæ ad exhibendum agendi, etiam incertæ. Quomodo enim in optione legata, actor optabit, antequam didicerit, quænam corpora adſint, quomodo tabulis teſtamenti exhibendis actor dicet argumenta, antequam inſpexerit? Et ita nuperrime pronunciauit *Incl. Scabinatus Halenſis, Menſ. Auguſt.* vbi reus theſaurum ſe inueniſſe excipiebat, actor vero exhibitionem monetarum vrgebat, vt conſtaret, an ſit vetus depoſitio pecuniæ, cuius memoria non extet, & ita recte, ſicut apparet ex rationibus: **Obwohl Beklagter : : darneben das geforderte Geld weder** ſpecificiret, **noch** deſigniret, **in was vor** ſpeciebus **es beſtehe, oder wie viel deſſen geweſen ſeyn ſolle, inmaſſen nirgends angegeben, daß es dasjenige ſey, ſo von Sandern in den Keller** quæſt. **verſcharret geweſen, und ihnen dahero als Erben** ab inteſtato **gebühre, dergleichen** deſcription **die Rechte doch erfordern**

l.3. pr. ff. ad exhibend.

auſſer welchen weder das Klag-Libell, **noch das darauf** publicirte Decret act. prim Inſtant. fol 29. **beſtehen könne : : Dennoch aber und dieweil zuförderſt die angemaßte** Appellation contra rem iudicatam **offenbar unzuläßig : : Auſſer dem** in actione ad exhibendum, quæ tantummodo eſt præparatoria, **allerdinges ein Unterſcheid zu machen,** an quis rem exhibendam antea poſſederit. **ſolchenfalls der Kläger ſelbe umſtändlich zu beſchreiben gehalten, im Gegentheil,**

theil, wenn dergleichen casus nicht vorhanden, von einem Kläger unmögliche Dinge nicht zu begehren, inmittelst da Beklagtin in actis prim. instant. fol. 34. gestanden, daß sie in dem von Klägers Erblasser erkaufften Keller einen Topf mit 150. Thlr. 8. gr. gefunden, Kläger solches schlechterdinges zu glauben nicht verbunden, sondern Beklagtin dieses, und ob es nicht ein mehreres gewesen, iuramento zu determiniren schuldig, per ea, quæ tradit

CARPZ. *Part. 2. Conſt. 53. def. 8.*

in mehrerer Erwegung aus denen exhibirten Sorten des gefundenen Geldes einige Merckmahle und Spuren, ob solches pro theſauro aut depoſito zu halten : : um daraus zu beurtheilen, ob es alte oder gangbare Müntz-Sorten gewesen, worüber weiter nicht in hoc iudicio præparatorio zu gehen, das übrige aber bis zur principal Klage auszusetzen, mithin leichtlich zu erachten, daß gegenseitiges Einstreuen nullius ponderis und eintzig und allein zu der Sachen Aufenthalt vor die Hand genommen; als sind wir des iudicis a quo legales Verfahren zu confirmiren, appellanten hingegen ob temeritatem litigandi in die expenſas retardati proceſſus zu condemniren bewogen worden. Concludimus igitur in ſæpe dict. *l. 3. pr. ff. ad exhib.* legendum eſſe *dicere*, non diſcere, ſed ibi agi de regula, quæ ſicuti quælibet ſuas patitur exceptiones.

§. XXIII.

Pauca adhuc de modo procedendi in hac materia addi debent, & quidem regulariter actionem ſequitur litis conteſtatio, quam etiam ſupponit *l. 7. §.*

fin.

fin. ff. ad exhib. ſed hoc hodie, poſthabita breuitate proceſſus Romani, ſæpius aliter ſe habet. Ita actio tutelæ directa vocari ſolet nuda prouocatio, qua tutor absque ambagibus prouocatur ad rationes reddendas, quia contra hanc diſpoſitionem iuris nihil poteſt moliri. Sic actio iudicati degenerat in nudam implorationem officii iudicis pro decernenda executione HVBER *prælect. ad ff. tit. de re iudicata n. 50.* Ita quoque actio ad exhibendum longe aliter in foris noſtris tractatur; etenim, quod pertineat ad cauſas ſummarias, omnes fatentur CARPZ. *in Proc. tit. 1. artic. 1. n. 48.* FIBIGIVS *in Proc. Part. 2. cap. 1. ſect. 1.* LVDOVICI *in proceſſu ciuil. cap. 7. §. 10.* Sed & inter cauſas ſummarias non eſt incognitus proceſſus mandati, præ reliquis celerior. Mandata decernuntur vel cum vel ſine clauſula, poſteriora regulariter ſunt prohibita, ipſo iure nulla, adeoque impune contemni & ſperni poſſunt. GAIL. *lib. 1. obſ. 13. n. 2. add. obſ. 14.* Priora quoque ad noſtrum ſcopum in præſenti materia tantummodo pertinent, cum admittantur quædam exceptiones haud obſcuræ. Apprime rem expedit MENCKEN *ad tit. ff. ad exhib. §. 4. Actio ad exhibendum hodie eſt infrequens, non abrogata. Exhibitio ſæpe impetratur per mandatum compulſoriale e. g. ob inſtrumentum commune, & cumulari poteſt hæc actio pro re nata cum principali e. g. rei vindicatione.*

§. XXIV.

Conſequens eſt, vt de iure retractus & inde com-

emendam offerat, compellat, hoc vero facultatem tribuat, venditionem impletam rescindendi. Sed sicuti ius retractus ex iure προτιμήσεως descendit, ita hoc potius distinguitur, quod sit vel ex conuentione, vel ex lege. Priori casu non datur action contra tertium, nisi hic ob scientiam sit malæ fidei particeps, vel actor ius suum fundet in vltima voluntate *l. 69. §. 3. ff. de legat. 2.* vbi sine ratione dissentit CARPZ. *part. 2. Const. 32. definit. 9.* qui tamen *definit. 11.* admittit reseruationem hypothecæ. Quis vero ignorat, ex omni vltima voluntate competere tacitam hypothecam in omnibus defuncti bonis, etiamsi factum aliquod ab herede præstandum sit, *l. 1. C. commun. de legat.* vel seruitus testamento relicta *l. 19. §. 1. ff. quemadm. seruit. amitt. conf.* HOPP. *in comment. ad §. fin. I. d. offic. Iud.* Ex legis vero dispositione ius retractus diuersimode competit tam domino directo in emphyteusi *l. 3. C. de iure emphyt.* quam creditori, cui maior summa debetur *l. 16. ff. d. reb. aut. iud. poss.* Sed de his nobis non est sermo, cum singularem suam ex ipsis textibus habeant qualitatem in omnibus fere compendiis traditam.

§. XXV.

Cumprimis vero de retractu gentilitio erit dicendum, cui omnes tribuunt actionem in rem scriptam aduersus tertium possessorem, omnes tamen etiam hallucinantur in probatione. *Celeberrimus quondam* MENCKEN *ad tit. ff. de contr. emt. §. 44.* quando statuit, quod retractus ob consanguinitatem introductus producat actionem redhibitoriam personalem in rem scriptam, prouocat *ad l. 56. ff. d. contr. emt.* neque negari poterit, speciosum in hoc textu præberi argu-

men-

mentum, ſi de retractu legali alias non daretur actio contra tertium. Sed cum ad retractum gentilitium vix quadret, rectius cum *ill.* BOEHMERO *ad tit. ff. d. contract. emt.* §. 37. ſtatuimus, quod hæc ſpecies retractus originem trahat ex Iure Germanico, quo bona hereditaria ſine heredum conſenſu vendere fas non erat, quoad feuda vero actiones cum Longobardis, gente Germanica, ſilente iure Feudali, repetimus ex iure Romano, vi cuius omnis actio ex retractu legali competit aduerſus tertium, non vt rem conſequamur indiſtincte, ſicut alias in actione reali, ſed cum reſtrictione, vt reſtituatur pretium, quemadmodum ſuperius dictum de actione quod metus cauſa. Equidem Iure Feudali, vel potius moribus, quando ſimultanee inueſtitus a tertio reuocat feudum, introducta eſt actio feudi reuocatoria, ſed hæc realis eſt, & imitatur rei vindicationem.

§. XXVI.

Interea, quando de reſtituendo pretio quæſtio eſt, noua ſuboritur diſceptatio, quomodo illud computandum, ſi id, quod ſolutum eſt a poſſeſſore valorem rei vel prædii excedat. Diſtinguendum putamus, vtrum poſſideat iure dominii, ex emto, adiudicato vel alio titulo habili, an vero iure crediti. Priori caſu integrum pretium reſtituendum, dummodo non ſit ſimulatum; poſteriori tantum reſtituitur, quantum valet prædium, cum ſibi imputare debeat, qui vltra credidit *conf. Dn.* PRAES. *Introd. Oecon. Cameral. cap. 4.* §. 30.

perii tantum debeantur ex mora. Vnde nonnulli concludunt, quod ante liquidationem non possit dici commissa mora, nam nos loquimur de casu, vbi fructus restituendi, ibi enim vtique debentur vsuræ ab eo tempore, quo successori fructus cedunt, ita optime MEV. *Part. 8. dec. 468. ibique cit. Mej. Coll. Iurid. Argent.* ratio habetur in elegant. text. *l. 19. §. 4. ff. de neg. gest. Contra quoque vsuras, quas præstabimus, vel* QVAS EX NOSTRA PECVNIA PERCIPERE POTVIMVS, QVAM IN ALIENA NEGOTIA IMPENDIMVS, *seruabimus negotiorum gestorum iudicio.* Absurdum igitur foret, in locum vsurarum sortis impensæ, vsuras fructuum imputare & substituere, sicuti enim se habent vsuræ ad sortem restituendam, ita se habent fructus ad prædium restituendum, & sicuti non debentur vsuræ vsurarum, ita nec fructus fructuum.

§. XXVII.

Moribus Germaniæ, licet non vniuersalibus, & ita ab allegante probandis, introductum est ius retractus ex vicinitate, quo pertinet ius congrui, das Gespildte. Singularis est textus *in Reformat. Francofurt. Part. 2. tit. 4.* vom Abtrieb. §. *1.* Wiewol der Abtrieb, im Reich Teutscher Nation, nicht weniger als bey andern Nationen, sonderlich auch dieser Lands-Art, und am Rhein-Strom, fast gemein und bräuchlich, auch der Ehrbar- und Billigkeit gantz gemäß ist: Jedoch, dieweil derselbig in den Kayserlichen Rechten austrücklich verboten, dieselben Kayserlichen Rechten auch bey uns, über alle denckliche Zeit, hierinn (ausserhalb nachfolgenden Falls, in Consorten und Ganerben) also üblich gehalten, und

nie

nie kein Abtrieb gestattet worden: So lassen wir es auch nochmahls unverändert in dieser Statt Franckfurt, und zu Sachsenhausen, dabey bleiben. Ex quo apparet, quod restrictio tantummodo agat de iure congrui in terris Rhenanis, alias quoque vsitato, non de iure retractus in genere. Etenim de retractu seu reluitione debitoris aut proximi hypothecarii intra biennium competente, Entschüttung, separatim agitur *Part. 1. Tit. 46. §. 13.* Notabile vero, quod ius congrui etiam ruricolis in territorio Francofurtensi permittatur, hoc sine dubio retinuerunt ex dispositione iuris ciuilis in *t. t. C. Non licere habitatoribus metrocomiæ loca sua ad extraneum transferre.* Et quamuis nonnulli ad ius *προτιμήσεως* hoc referre nolint, rectius tamen ex Cuiacio retinuit *Dn.* PRAESES *in Prælect. ad dict. tit. Cod. §. 1.* Pertinet huc §. *2. dict. Reform. Francof. Part. 2. tit. 4.* Aber so viel unsere Dorffschafften ausserhalb auf dem Land belangt, dieweil der Abtrieb bey ihnen von Alters herkommen, und wir ihnen, in Zeit ihrer Huldigung, versprochen, sie bey ehrbarem altem Herkommen bleiben zu lassen: So soll denselben der Abtrieb in Verkauffen liegender Güter, nach wie vor, unverhindert, (doch daß damit ehrbarlich, aufrichtiglich und rechtmeßiglich umgangen werde,) vorbehalten und zugelassen seyn.

§. XXVIII.

Denique quinta, & quæ pro vltima habetur, actio in rem scripta est aquæ pluuiæ arcendæ, quæ supponit opus aliquod manu factum, quo aqua aliter flueret

ſonalis, & in *l. 6. §. 5. ff. eod.* expreſſe dicitur: *aquæ pluuiæ arcendæ actionem, ſciendum eſt, non in rem, ſed perſonalem eſſe.* Quæ verba intentioni noſtræ & doctrinæ communi admodum obſtare videntur, neque alius textus expreſſus ſupereſt, vbi hæc actio nominetur in rem ſcripta, ſed de argumentis legum & analogia iuris neutiquam eſt dubitandum. Ita enim in *l. 12. ff. d. aqu. & aqu. pluu.* ſatis clare adſeritur, quod hæc actio etiam aduerſus tertium competat, quamuis ex *l. 4. §. 1. ff. eod.* quam alii allegant, hoc probari nequeat, ibi enim Iulianus ſcribit, ſi poſt iudicium aquæ pluuiæ ſuſceptum, fundum alienauit is, cum quo actum eſſet de præterito damno, & de opere reſtituendo, id ſtatuere iudicem debere, quod iudicaret, ſi nulla alienatio facta eſſet, nam & fundo alienato nihilominus iudicium manere. Quod aliter capi nequit, quam quod reus poſt litis conteſtationem quaſi ex contractu adhuc teneatur, & iudicium contra *illum* maneat. De cetero hæc actio eſt vel directa vel vtilis, directa competit domino & aduerſus dominum *l. 6. §. 4. ff. eod.* Sed & ſi fructuarius opus fecerit, per quod aqua pluuia alicui noceat, erit quidem actio legitima cum domino proprietatis, an vero vtilis in fructuarium actio aquæ pluuiæ arcendæ danda ſit, quæſitum eſt, & magis eſſe vt detur, reſpondit POMPONIVS *in l. 22. §. 2. ff. eod.*

§. XXIX.

Diximus cum limitatione & reſtrictione aduerſus tertium competere actiones in rem ſcriptas, & hoc ſicuti hactenus ſufficienter demonſtratum, ita quoad actionem aquæ pluuiæ arcendæ adeo verum eſt, vt vix aliquis vſus actionis remaneat. Etenim tertius ſuis

ſuis ſumtibus non deſtruit opus, ſed tantummodo deſtrui patitur, *l. 4. §. 2. l. 6. §. 7. l. 24. §. 2. ff. de aqu. & aqu. pluu.* ſed & contra ipſum, qui opus fecit, rarior eſt actio, cum vtplurimum agri colendi cauſa faciat, & tunc ceſſat actio, quod generatim ſtatuitur in *l. 1. §. 15. ff. eod.* & quamuis in dicta *l. §. 3.* de eo opere, quod agri colendi cauſa *aratro* factum ſit, ſolummodo dicatur, attamen ſufficit ratio generalis, quæ conſiſtit in fauore agriculturæ, & cui œconomo incognitum? quantum opus quantique colles ſolo aratro & fieri & deſtrui poſſint. Piſcinarum vero ſicuti non eſt tantus fauor, ita aggerem illarum altius tollere non licere, in detrimentum accolarum, reſpondit *Facult. Iurid. Hal.* Ceſſat quoque dicta actio, ſi aqua non agro, ſed ædificio noceat, quia hoc caſu actio negatoria inſtituenda *l. 1. §. 17. ff. d. aqu. & aqu. pluu.* Neque actioni locus eſt, ſi naturalis aquæ curſus noceat, ea enim ſeruitus a natura quaſi impoſita & æquo animo ferenda eſt. *l. 1. §. fin. l. 2. ff. eod.*

§. XXX.

Præterea ceſſat hæc actio, ſi opus autoritate publica factum ſit, recte addit MENCKEN *ad tit. ff. d. aqu. & aqu. pluu. §. 7.* pro vtilitate publica, hæc enim eſt ratio *l. 23. ff. dict. tit.* quamuis textus generalior videatur, maxima autem differentia eſt inter prædium publicum & vtilitatem publicam, hæc ſalutem reipublicæ reſpicit, veluti, ſi fortaliti[i] [c]auſa opus fieri de-

tabilis eſt textus in *l. 2. §.1. ff. d. aqu. & aqu. pluu.* vbi vtilis actio aquæ pluuiæ arcendæ tribuitur cuilibet, ſi velit aggerem vicini reſtituere, qui facienti, vel altius tollenti prodeſſe poteſt, vicino vero nihil nociturus eſt, addit PAVLVS, quod æquitas hæc ſuggerat, etſi iure deficiamur. Vbi e contrario leges nunquam permittunt, vt opus fiat animo nocendi ſine commodo facientis *l. 1. §.12. l. 2. §.9. ff. eod.* Practici hoc ad æmulationem referunt, quæ coercenda, ſi iuramentum æmulationis, quod ſæpius vrgent, præſtari nequeat. At vero rarior eſt caſus, vbi opus aliquod fiat, absque vlla vtilitate, commoditate, vel etiam iucunditate, quod tamen requiritur, nam alias ſatis conſtat, quantæ ſæpiſſime ſint impenſæ mere voluptariæ, quæ etiam rerum voluptariarum vocantur *l. 39. §. 1. ff. de her. petit.*

§. XXXI.

Hæ ſunt quinque actiones in rem ſcriptæ, quæ vulgo agnoſcuntur, ſed & Paulianam huc pertinere, cum indiſtincte aduerſus tertium non competat, firmiter ſumus perſuaſi, imo & de hypothecaria, in ſe acceſſoria ad ius ad rem, valde dubitandum, an ſit mere realis, cum præciſe rem non conſequatur actor, ſed poſſeſſor habeat electionem, an debitum velit offerre. Quoniam vero ob temporis penuriam filum abrumpere cogimur, de his actionibus in rem ſcriptis nondum agnitis alia vice erit dicendi locus.

TANTVM EST.

(o)